AS DIFICULDADES DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO DIREITO AO CORPO: LIBERDADE DE EXPRESSÃO E DISCRIMINAÇÃO SOCIAL

THE CONSTITUTIONALIZAIONS'S TROUBLES OF BODY'S RIGHT: FREEDOM OF SPEECH AND SOCIAL DISCRIMINATION

RIVA SOBRADO DE FREITAS¹
MARIA CRISTINA CERESER PEZZELLA²

RESUMO: Nosso trabalho teve por objetivo pesquisar as bases teóricas necessárias à delimitação do Direito ao Corpo, considerando a sua importância crescente para a garantia da dignidade pessoal na atualidade. Para tanto, buscamos uma revisão de seu conteúdo, de modo a adequá-lo às necessidades contemporâneas, nos valendo da irradiação de Direitos Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, tais como: o Direito à Privacidade e a Liberdade de Expressão. Desta forma, nos ocupamos do Direito à Privacidade em suas diferentes dimensões, especialmente no tocante à privacidade decisória, em face da sua relevância para assegurar a autonomia sobre o próprio corpo. De outra parte, tratamos também das Liberdades de Expressão e de Convicção, por entender que a autodeterminação sobre o próprio corpo implica também em forma de expressão do pensamento e em especial das convicções pessoais: religiosas; políticas e até mesmo estéticas. Com base nos estudos apresentados,

Artigo recebido em 16.04.2013. Pareceres emitidos em 11.06.2013, 10.09.2013 e 24.09.2013. Artigo aceito para publicação em 17.09.2013.

_

¹ Coordenadora, Pesquisadora e Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito da UNOESC, Professora assistente-doutora aposentada da Universidade Estadual Paulista "Júlio de Mesquita Filho" – UNESP. Pós-doutora em Direito pela Universidade de Coimbra, Doutora e Mestre em Direito pela PUC/SP e Graduada em Direito pela USP/Largo de São Francisco. *rivafreit@ig.com.br* – Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) – Chapecó/SC.

² Professora do Programa de Pesquisa e Extensão e Pós-Graduação em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina UNOESC. Coordenadora/Líder do Grupo de Pesquisas (CNPq) intitulado Direitos Fundamentais Civis: A Ampliação dos Direitos Subjetivos – sediado na UNOESC. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul PUCRS (1988). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul UFRGS (1998). Doutora em Direito pela Universidade Federal do Paraná UFPR (2002). Avaliadora do INEP/MEC e Supervisora do SESu/MEC. *crispezzella @uol.com.br* – Universidade do Oeste de Santa Catarina (UNOESC) – Chapecó/SC.

procuramos verificar em casos concretos levados ao Judiciário, os caminhos percorridos pela jurisprudência, no que se refere à autodeterminação do próprio corpo, sobretudo quanto ao direito de exibir tatuagens, forma de expressão das convicções estéticas pessoais.

PALAVRAS-CHAVE: Direito ao Corpo; Privacidade Decisória; Liberdade de Convicção.

ABSTRACT: This study aimed to analyze the required theoretical foundations to determine the boundaries of the Body Right, considering its increasing importance for personal dignity nowadays. Therefore, we seek a revision of the Body Right's contents to adapt it to contemporary needs, making use of the irradiation of Fundamental Rights enshrined in the Constitution of 1988, such as the Right of Privacy and Freedom of Speech. Thus, we are focused in the Right of Privacy and its various dimensions, especially regarding the privacy decisions, in face of its relevance to ensure the human autonomy over their own bodies. On the other hand, also we treat the Freedoms of Speech and Belief, understanding that human's self-determination over their own bodies also implies expression of thought and especially of personal beliefs: religious, political and even aesthetic. Based on the presented studies, we checked in individual cases brought to the courts, the paths taken by the case law, in the relation of a self-determination of own's body, especially on the right to exhibit tattoos, like a way to show the aesthetic expression of personal convictions.

KEYWORDS: Body Right; Privacy Decisions; Freedom of Belief.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A Importância da Redescrição do Direito à Privacidade com Vistas à Proteção do Corpo e da Identidade Pessoal; 1.1 A Privacidade Decisória Mediada pelo Corpo: o "embodiment" enquanto substrato crucial da identidade; 2. Liberdade e Dignidade Humana: a liberdade enquanto um valor essencial à condição humana; 3. Considerações sobre os Limites ao Exercício da Liberdade: legalidade infraconstitucional e dignidade humana; 4. A Autodeterminação sobre o Próprio Corpo e as Liberdades de Expressão e de Conviçção: semelhanças e distinções; 5. Direito ao Corpo enquanto forma de Expressão das Conviçções Estéticas Pessoais: o direito de exibir tatuagens; 5.1 Recurso em Mandado de Segurança nº 39.280-SC (2012/0214790-4); 5.1.1 Considerações sobre o Edital nº 008/cesiep/2012; 5.2 Recurso em Mandado de Segurança nº 34.723-60 (2011/0073761-0); 5.3 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1293.411-SP (2011/0274638-0); 5.4 Habeas Corpus nº 84.147-SP (2007/0126955-7); Considerações Finais; Referências Bibliográficas.

SUMMARY: Intoduction; 1. The Importance of Redescription of Privacy Rights Towards the Protection of the Body and Personal Identity, 1.1 The Privacy Decisions Mediated by the Body: the "embodiment" as substrate crucial of identity; 2. Freedom and Human Dignity: the freedom as a core value to the human condition; 3. Considerations about the Limits to the Exercise of Freedom: infraconstitutional legality and human dignity; 4. Self-determination over their own Bodies and Freedoms of Expression and Belief: similarities and distinctions; Right to the Body as a Form of Expression of Personal Aesthetic Convictions: the right to display tattoos; 5.1 Appeal for "mandado de segurança" nº 39.280-SC (2012/0214790-4); 5.1.1 Considerations about Public Notice no 008/cesiep/2012; 5.2 Appeal for "mandado de segurança" nº 34.723-60 (2011/0073761-0); 5.3 "Agrayo regimental" int the Special Appeal no 1293,411-SP (2011/0274638-0): 5.4 Habeas Corpus nº 84.147-SP (2007/0126955-7); The Final Considerations; Bibliographic References.

INTRODUÇÃO

Nosso trabalho parte de uma preocupação em estabelecer as bases doutrinárias necessárias para a configuração do Direito ao próprio Corpo, enquanto um poder de autodeterminação, consoante o modelo estabelecido pela Constituição Federal de 1988.

Neste sentido, as dificuldados no processo de constitucionalização do Direito ao Corpo apontaram a importância da retomada do Direito à Privacidade, com a preocupação de rever seu conteúdo para adequá-la às necessidades contemporâneas.

Desta forma, nos ocupamos do Direito à Privacidade em suas dimensões distintas, especialmente no tocante à privacidade decisória, em face da sua relevância para assegurar autonomia sobre si próprio e sobre o próprio corpo, sem as quais ficaria comprometida a dignidade pessoal.

Desdobrando ainda a proteção à privacidade decisória, reportâmo-nos à tutela constitucional destinada aos atributos físicos, mentais e sociais do ser humano, identificando um grupo de direitos conexos conhecidos como Direitos de Personalidade, observando que estes já transitam para além dos direitos individuais tutelados em abstrato (aos moldes liberais), até porque estabelecem a proteção concreta do indivíduo, através da tutela de elementos distintos da sua personalidade, tais como: imagem retrato, voz, corpo, partes separadas do corpo, honra, etc., atributos estes capazes de identificá-lo em sociedade como um indivíduo único e distinto em sua diversidade.

É exatamente nessas bases e com as dimensões identificadas na Constituição Federal de 1988 que retomamos a Privacidade com vistas a redesenhar o seu conteúdo de modo a promover a tutela adequada à autodeterminação do próprio corpo, assegurando a dignidade pessoal de cada indivíduo.

De outra parte, tratamos também das Liberdades de Expressão e de Convicção, por entender que a autodeterminação sobre o próprio corpo poderia implicar em forma de expressão do pensamento e de convicção pessoal, tais como: as religiosas, as políticas e até mesmo as estéticas, o que reforçaria ainda mais a necessidade de alargar a proteção, como forma de alcançar também esta dimensão irrenunciável à dignidade pessoal.

Ainda no tocante às Liberdades, consagradas na Constituição Federal procuramos refletir sobre seus possíveis limites, com o escopo de estabelecer as distinções entre as restrições originadas de simples preconceitos, que devem ser repudiadas e consideradas inconstitucionais, dos limites de ordem legal necessários a própria configuração e delimitação da esfera de Liberdade.

Com base nos estudos apresentados, procuramos verificar em casos concretos levados ao Judiciário, os caminhos percorridos pela jurisprudência, no que se refere à autodeterminação do próprio corpo, sobretudo quanto ao direito de exibir tatuagens, forma de expressão das convicções estéticas pessoais.

1. A IMPORTÂNCIA DA REDESCRIÇÃO DO DIREITO À PRIVACIDADE COM VISTAS À PROTEÇÃO DO CORPO E DA IDENTIDADE PESSOAL

Quando nos propomos uma reflexão sobre o Direito ao próprio Corpo enquanto um poder de autodeterminação, em face da sua importância para a dignidade pessoal, somos levados a retomar o estudo sobre a Privacidade e sua tutela constitucional, por entendermos a sua relevância para assegurar a autonomia decisória sobre si próprio e consequentemente para a própria identidade, sem a qual, a dignidade pessoal ficaria amesquinhada.

Numa tentativa de retomar o Direito à Privacidade procurando reavaliar seu conteúdo com vistas à construção de um novo significado, especialmente para os alcançados por este direito observamos que, se por um lado a privacidade pessoal constitucionalmente protegida tem representado um avanço indispensável a qualquer concepção moderna de liberade, de outra parte tem sido objeto de inúmeras críticas.

Alvo de diferentes acusações e desconfianças, o Direito à Privacidade é apontado, sobretudo por reforçar um modelo ideológico liberal, fundado na dicotomia público/privado. Interpretados consoante esta afirmação os direitos à privacidade teriam como meta central a proteção dos indivíduos contra o Estado, o que reforçaria ainda as tendências desagregadoras e atomizadoras da sociedade moderna. (COHEN, 2012)

De outra parte (COHEN, 2012) identifica ainda as críticas "comunitaristas" que consideram a constitucionalização do Direito à Privacidade um retrocesso, na medida em que inviabiliza a afirmação dos valores comunitários assim como a solidariedade.

Pelo que se pode observar, ambas abordagens formulam críticas ao Direito à Privacidade tomando como base argumentos contrários à interpretação liberal desse direito, como se esta fosse a única possível.

Entretanto, antes de podermos levar a efeito algumas ponderações sobre as abordagens críticas ora apresentadas seria oportuno a delimitação do conteúdo do Direito à Privacidade, pelo menos nas suas dimensões mais importantes para que pudéssemos refletir a respeito.

Duas dimensões são prepoderantes quando se trata da privacidade pessoal. A primeira consiste no direito de ser "deixado em paz". Esta possibilidade tutelada tornou-se extremamente importante especialmente quando, uma tecnologia já bastante desenvolvida torna a vida pessoal vulnerável e passível de ser devassada, por motivos fúteis ou interesses escusos e não apenas na intimidade do lar, mas também, no que diz respeito às informações arquivadas nos diferentes bancos de dados. Naturalmente, as informações quando cruzadas, sem que para tanto haja interesse público relevante, expõem e comprometem a integridade pessoal e física/emocional (BITTAR, 1989). Desta forma, "o direito de ser deixado em paz" significa o direito de não sofrer intromissão ou vigilância sem motivo justo. É importante ressaltar que não se trata do reconhecimento de mais um direito individual

em termos liberais. Não se busca a tutela de mais um valor abstrato, ideologicamente atribuído ao indivíduo "natural", mas a proteção individuada (YOUNG, 1990), concreta e real da intimidade de uma pessoa, atributo que a torna única e a identifica entre as demais. A violação desta dimensão da Privacidade, especialmente em face de uma tecnologia avançada e globalizada poderá causar um dano irreparável à Dignidade Humana.

Embora seja extremamente significativa esta dimensão da Privacidade, ela vem sendo pouco contestada. Entretanto, há outra dimensão, própria do Direito à Privacidade que nos parece ser o alvo central das polêmicas atuais que são travadas por todos os que discutem os limites da autonomia decisória, no que se refere ao próprio corpo. Trata-se da "privacidade decisória", ou seja: o direito de não ser submetido ao controle indevido (regulações inclusive) por parte de terceiros. (COHEN, 2012)

Desta forma, a primeira dimensão apontada estaria referida na "privacidade informacional" (COHEN, 2012), ou seja: posse e disseminação de informações sobre a pessoa (indivíduos ou organizações privadas, assim como autoridades públicas). A segunda, objeto de inúmeras polêmicas tocaria primordialmente a autonomia decisória quanto à "zona de intimidade", abrangendo desta forma a disponibilidade íntima (COHEN, 2012) para relações sexuais, casamentos, abortos, eutanásia, etc.

Considerando esta última dimensão apresentada observamos que, as principais críticas levadas a efeito sobre os direitos indivíduais em geral e especificamente sobre os direitos de privacidade referem-se, como já pontuamos, ao modelo liberal sociedade/Estado, que supostamente estaria sendo reforçado pela tutela da privacidade, na sua dimensão "autonomia decisória".

Estas abordagens críticas, constantemente levantadas pelos movimentos de gênero pontuam a questão da igualdade, comprometida de forma recorrente nas relações liberais/iluministas.

Em verdade quando nos reportamos ao Liberalismo inicial (Rosseau, Montesquieu), constatamos a sua correspondência ao momento marcado pela afirmação do segmento social burguês e da imposição de toda a sua ideologia. Neste sentido, a teoria do Direito Natural trouxe contribuições decisivas, na medida em que toma como base a existência de "regras naturais", supostamente perenes e essenciais à "natureza humana", para além de serem anteriores e independentes ao Estado. (BOBBIO, 1992)

As revoluções liberais, como é fato, utilizaram-se destes argumentos "naturais" como forma de derrubar governos absolutos e instaurar a ordem burguesa.

Em que pese a sedução de tais argumentos revolucionários é forçoso admitir-se que as "regras naturais" e os valores estabelecidos como próprios à "natureza humana" estavam repletos do conteúdo ideológico burguês e que historicamente serviram à exclusão dos segmentos sociais subalternos e à dominação de gênero, de fácil constatação. Basta lembrarmo-nos que as

relações sociedade/Estado Liberal foram estabelecidas com base no voto "qualificado" apenas para homens, proprietários, e com um determinado nível de conhecimento.

Certamente as "regras naturais" destinaram o espaço privado às mulheres e conservaram a dimensão pública à convivência masculina. De outra parte, ainda nas relações domésticas, marcadas por valores patriarcais supostamente "naturais", às mulheres ficou reservado o status subalterno, comprometendo definitivamente a igualdade.

Entretanto, embora os argumentos de igualdade e gênero sejam irrefutáveis, quando apresentados em oposição aos direitos individuais liberais, o Direito à Privacidade pode e deve ser retomado sob ótica distinta. O Direito à Privacidade, especialmente na sua dimensão decisória (autonomia decisória) designa o indivíduo como o centro de seu processo decisório. Não determina de forma alguma uma escolha ética, ou ideológica a ser seguida, mas apenas uma esfera de autodeterminação dentro da qual deve exercer a sua identidade concreta, efetuando suas escolhas pelos próprios motivos, sem ter inclusive que justificá-los (COHEN, 2012). A respeito de direitos desta natureza Hannah Arrendt (1998) também se refere explicando que estes atribuem ao indíviduo uma "personal legal" que serve como "escudo protetor" para sua identidade pessoal.

Outra crítica recorrente sobre a qual já nos referimos neste trabalho, também parte de considerações contrárias às formulações liberais, especialmente porque entendem que a autonomia decisória quando tutela o poder de autodeterminação estaria a reforçar no indivíduo o seu desenraizamento, propondo-lhe uma ruptura com as normas e valores comunitários, promovendo desta forma a quebra dos vínculos de solidariedade que o cercam.

Quando consideramos os direitos individuais, de corte liberal, próprios do individualismo burguês e das formações sociais forjadas a partir deste ideário, certamente, percebemos que as relações sociedade/Estado se estabelecem a partir de indivíduos dissociados, cujas decisões políticas do Estado se originam da "vontade geral", nos moldes da democracia burguesa, baseada no voto qualificado, como já mencionamos.

Em verdade o que se percebe é que o indivíduo deslocado do todo social, através do voto censitário, tem como meta fundamental a realização de seu próprio bem-estar. Desta forma, suas relações passam a ter como fundamento ético somente o cálculo de seus próprios interesses. Assim, o indivíduo apartado da coletividade tende a valorizar unicamente a possibilidade de realização de suas potencialidades e de sua capacidade de possuir. Quanto mais realiza o seu bem-estar, quanto mais possuirá e maior será seu valor enquanto indivíduo. (MACPHERSON, 1979)

Esta qualidade que se encontra na própria definição do indivíduo burguês consoante C. B. Macpherson (1979, p. 250) traduz-se na:

Condição do indivíduo como sendo essencialmente o proprietário de sua pessoa e de suas próprias capacidades, nada devendo à sociedade por elas.

Sem dúvida, são merecedoras de crédito as considerações de Macpherson. A coletividade concebida como uma somatória de indivíduos, cada um a defender seus próprios interesses, significa a negação de qualquer possibilidade de existência de um todo social, dotado de conceitos morais próprios e valores éticos definidos.

Nesta circunstância a única identidade possível entre seus membros é a vocação para possuir, que se pretende inerente à "natureza humana".

Entretanto, em que pese as críticas formuladas ao ideal voluntarista da pessoa, descrito por (MACPHERSON, 1979) não nos parece determinante subordinar conceito de Direito à Privaciade, na sua dimensão privacidade decisária a uma concepção de indivíduo desenraizado, o que seria característica do paradigma liberal. Em verdade, o que se estaria buscando com esta tutela seria a proteção do núcleo de autonomia pessoal, quer contra as "normas comunitárias" que muitas vezes poderiam ser abusivas no que toca a autonomia pessoal decisória, quer contra a própria vontade da maioria, desrespeitosa muitas vezes no quesito diversidade.

1.1 A Privacidade Decisória Mediada pelo Corpo: o "embodiment" enquanto substrato crucial da identidade

Quando nos reportamos à tutela dispensada aos atributos físicos e mentais, individualizadores do nosso ser pelo ordenamento jurídico, identificamos um grupo de direitos conexos, conhecidos como Direitos de Personalidade.

A teoria dos Direitos de Personalidade é de construção recente e ainda não sedimentada, daí as divergências apontadas sobretudo no que toca a sua generalidade e extensão. (BITTAR, 1989)

Entretanto, como os Direitos de Personalidade tendem a alcançar dispositivos sobre o Direito ao Corpo assim como sobre a Privacidade, por entenderem essenciais à Dignidade Humana, pensamos haver pertinência em uma breve exposição sobre o tema, nessa oportunidade.

Em verdade, quando observamos a proteção dispensada à personalidade pelo direito, constatamos que ele não se ocupa nem da sua definição, nem da sua tutela direta. Ao contrarário, busca normatizar a proteção dos atributos próprios à individualização de uma pessoa. Desta forma, procuram a tutela de aspectos íntimos do indivíduo, tomado em si mesmo, ou como ente individualizado na sociedade, ou ainda os aspectos originados da sua interação, ou projeção em sociedade. (BITTAR, 1989)

Assim teríamos entre Direitos de Personalidade a tutela dos atributos do corpo físico, tais como o Direito ao Corpo (ou partes separadas do corpo), o Direito à Voz, o Direito a Imagem (retrato), etc. A proteção da esfera pessoal psíquica também estaria contemplada, alcançando os direitos ao segredo,

de maneira geral e especificamente o Direito à Intimidade e o Direito à Privacidade. (BITTAR, 1989)

Os aspectos relativos à projeção em sociedade também compreenderiam os Direitos de Personalidade, alcançando desde a tutela da reputação ao Direito do Autor. (BITTAR, 1989)

É importante ressaltar ainda que estes direitos conexos apresentados possuem já uma dimensão que transita para além dos direitos indivíduais em abstrato aos moldes liberais. Constata-se a preocupação com a tutela concreta do indivíduo. Interessa ao Direito exatamente a proteção específica de componentes distintos da personalidade, capazes de torná-lo único entre os demais.

Não se procurou de forma alguma a proteção da Personalidade Humana em abstrato, de modo a ser preenchida conforme concepções ideológicas distintas.

É exatamente nessas bases e com essas preocupações que retornamos nossa proposta de revisão da Privacidade com vistas a redesenhar o seu conteúdo especialmente no que toca a sua dimensão de autonomia decisória.

Entretanto, como promover a privacidade individual de modo a possibilitar o desenvolvimento da sua identidade?

É certo que o indivíduo concreto, real não se caracteriza como uma abstração. Ele convive em sociedade e dela assimila valores com os quais se identifica plenamente. De outra parte, é igualmente certo que nem sempre seria possível uma correspondência plena entre os valores pessoais e os comunitários. Assim, afirmar que o "indivíduo concreto" seria a resultante dos valores comunitários seria no mínimo temerário. Ao contrário, consoante o nosso entendimento haveria necessidade de protegê-lo inclusive contra ingerências da sua própria comunidade ainda que tais invasões desrespeitosas adviessem da convivência em grupos de libertação e movimentos sociais com os quais ele tivesse uma relação de pertinência.

Um caminho importante entretanto para a reflexão e garantia da autonomia decisória seria a reintrodução do Direito ao Corpo na temática privacidade. Certamente não na sua dimensão "individualista - possessivo" descrito por Macpherson (1979), com já mencionamos anteriormente, como se os nossos atributos pessoais, inclusive o próprio corpo fossem propriedades individuais, ou mercadorias a serem negociadas, mas por exemplo, a partir das observações de Goffman (1971, p. 28) para quem o corpo constitui "um dos territórios de si".

Goffman (1971) entende que o sentimento de controle sobre o próprio corpo é essencial para uma percepção íntegra de si mesmo, assim como para a própria autoconfiança pessoal. Consequentemente, o controle sobre o corpo é fundamental para a configuração da própria identidade, assim como para a Dignidade Pessoal.

Discutindo sobre a autonomia decisória mediada pelo corpo, Cohen (2012, p. 195) afirma: "nós somos nosso próprio corpo" e ainda para exemplificar a importância do corpo para a individualidade pessoal pontua: "não podemos escolher levá-los conosco por onde formos como o fazemos com nossas bolsas". (IDEM, p. 195)

A questão da dignidade pessoal e da identidade ligadas ao controle do próprio corpo foi largamente utilizada pelas feministas para defender o direito ao aborto. Assim afirmam: "nosso corpo, nós mesmas" (COHEN, 2012, p. 87). Não queremos aqui esgotar o tema, mas apenas para o esclarecimento do que se vê aqui defendido apresentaremos em breves linhas seus argumentos.

Para as feminsitas afirmar a importância da integridade corporal, para efeitos de autonomia decisória, não está em afirmar o direito de fazer com o próprio corpo o que se queira, como se este fosse um direito de propriedade, aos moldes do individualismo-possessivo. (MACPHERSON, 1979)

A questão central reside na defesa da individualidade e identidade femininas. Forçar uma mulher a uma gravidez indesejada implicaria em violar sua identidade corporal, impondo-lhe uma identidade de mulher grávida e de mãe. A experiência da gravidez constitui uma mudança substancial em sua identidade física, emocional, com reflexos de natureza econômica, promovendo alterações profundas em sua individualidade (COHEN, 2012). Vale lembrar que, em momento algum tais argumentos buscam a defesa do aborto como um método anticonceptivo, mas apenas colocar sob reflexão a importância da integridade corporal para a integridade da personalidade, considerando que a mulher não se restringe apenas ao seu útero. De qualquer forma é relevante ponderar que esta realidade, consoante a importância de que se reveste, somente poderia ser posta em segundo plano em face de um interesse estatal relevante, ou de uma situação de risco significativo. A este respeito concordamos com Thomas (1992) para quem a privacidade é sempre mediada pelo próprio corpo, muito embora existam ainda outras dimensões presentes, tais como os recursos e os valores culturais disponíveis na comunidade. (COHEN, 2012)

Daí a importância do termo embodiment significativo da nossa corporificação, ou seja: o próprio corpo como o substrato mais relevante da identidade pessoal. Assim, como ocorre com as outras dimensões da privacidade, a integridade corporal é necessária e fundamental para a autonomia decisória sobre si próprio e consequentemente para própria identidade pessoal.

2. LIBERDADE E DIGNIDADE HUMANA: A LIBERDADE ENQUANTO UM VALOR ESSENCIAL À CONDIÇÃO HUMANA

Considerando que a autodeterminação sobre o próprio corpo constitui inequivocamente exercício da Liberdade, consagrada pelas constituições, desde o advento do Estado Moderno, século XVIII, e que se encontra expressamente garantida pela nossa constituição (C.F. art. 5º II), passamos então a uma reflexão sobre o seu conteúdo, tendo em vista seus reflexos para a constitucionalização do Direito ao Corpo.

Partimos da afirmação de que a dignidade humana equivale a um valor existente em sociedade e que corresponde a uma ideia de justiça e de adequação essencial ao desenvolvimento da vida humana em sua plenitude. Naturalmente, a opção por considerá-la um valor social flexibiliza substancialmente seu conteúdo, possibilitando alterá-lo em conformidade com as transformações sociais no tempo e no espaço em que estiver situado.

Dessa forma, ao longo da história observamos conteúdos distintos para dignidade humana, consoante as variáveis políticas e sociais, havendo pois diferentes expectativas para dignidade humana, em constante revisão, de modo a corresponder aos novos valores sociais³.

Uma das primeiras aspirações na modernidade (séc. XVIII), no que se refere à dignidade humana foi a afirmação da liberdade enquanto valor essencial à condição humana. Um espaço sem ingerência de terceiros, de modo a garantir a qualquer indivíduo a realização de seus próprios objetivos, sem o dever de obediência a outrem.

Naturalmente, a consciência da liberdade enquanto um poder de autodeterminação necessário à dignidade do ser humano é contemporânea às concepções ideológicas liberais do século XVIII, marcadas pela afirmação da burguesia frente ao absolutismo da monarquia de então. É importante ressaltar que a liberdade para os gregos era unicamente a prerrogativa conferida aos cidadãos de participar das decisões políticas e nisto diferenciava-se do liberalismo clássico. (COULANGES, 1971).

A técnica de tratamento implementada à época, consoante a leitura de dignidade humana promovida pelos liberais consistia na consagração formal das liberdades (em Declarações de Direitos e cartas constitucionais) objetivando unicamente a proteção da autodeterminação individual quase absoluta, oponível somente ao Estado, ressaltando apenas o carater negativo da tutela.

Várias críticas foram posteriormente empreendidas a esta técnica de tratamento, apontando sobretudo a sua superficialidade por não considerar as reais condições dos indivíduos inseridos em sociedade. Estas considerações partiram principalmente dos adversários das Revoluções Liberais, destacando-se entre eles os socialistas, tais como: Pierre Joseph Proudhon e Michael Bakunin e posterormente, Karl Marx e Friederich Engels. De outra parte, também a Igreja Católica formulou objeções à afirmação formal das liberdades e procurou fixar uma doutrina em oposição as teorias socialistas. O Papa Leão XIII, em 1891 divulgou a encíclica *Rerum Novarum* pleiteando uma intervenção ativa do Estado na realidade social, promovendo a proteção dos menos favorecidos e relativizando as liberdades burguesas, apontou também a importância das prestações positivas por parte do Estado com vistas à realização da liberdade.

_

³ Martins Costa (2002) com um conceito bem mais restrito de dignidade humana. Para ele, este conceito refere-se apenas à '*última ratio* da argumentação', com o objetivo apenas de vedar o que está no limite da inumanidade.

De qualquer forma, ainda que eivada em sua origem (séc. XVIII) dos aspectos ideológicos do paradigma liberal vigente, as liberdades permaneceram como um direito de escolha até os dias atuais, apenas sofrendo alterações quanto às técnicas de tratamento implementadas pelos Estados contemporâneos. Caracteriza-se o modelo liberal pela tutela preferencialmente negativa, e o Estado Social pela técnica de tratamento mista: restritiva (negativa), mas também protetiva, em termos sociais, buscando compatibilizar o exercício das liberdades com as necessidades da coletividade.

Neste sentido, observamos que a liberdade, quanto ao seu conteúdo, caracteriza-se por não haver submissão a outrem, no fato de não estar sob o controle de terceiros, e de não sofrer restrições impositivas, venham estas do Estado ou de outro indivíduo. Verificamos portanto, uma inequívoca conotação de restrição dirigida a todos em sociedade, assegurando ao indivíduo o exercício da sua autodeterminação. (BURDEAU, 1972)

Este aspecto redutivo em relação à intervenção de terceiros é ressaltado por George Burdeau (1972, p. 10) quando discorre sobre liberdade: "liberdade é a ausência de todo e qualquer constrangimento." Salienta o autor que esta poderá ser física ou espiritual, explicando que no segundo caso seria considerada como sentimento de independência. Ressalta também a importância da liberdade como a faculdade de participar da elaboração das normas necessárias à manutenção da ordem social. Para o autor, o homem seria efetivamente livre, à medida que o poder não lhe pudesse impor atitude para a qual não houvesse dado consentimentos.

Neste sentido Isaiah Berlin (1981) apresenta duas expectativas para o conceito de liberdade: a liberdade negativa, opositora a todo o tipo de ingerência e nesse aspecto em nada difere da grande maioria dos doutrinadores (freedom of) e a liberdade positiva, identificada pela expressão freedom to, enfocando a liberdade enquanto participação política, aproximando-se, nessas particularidade a Burdeau.

Estas características acima descritas, estão compreendidas pela concepção liberal de liberdade. Entretanto, para o Estado Social, cuja legitimidade se funda no compromisso de harmonizar as assimetrias sociais, não basta apenas a garantia do poder de autodeterminação limitado por lei, fruto do consentimento geral. Há necessidade de que a fruição da liberdade se dê em conformidade com o interesse da coletividade, ou então tal compromisso não terá eficácia social. Observamos portanto plena compatibilidade entre igualdade formal e o tratamento da liberdade no ideário liberal. De outra parte a total compatibilidade entre igualdade material e o reconhecimento das assimetrias sociais, com as técnicas de tratamento dispensadas à liberdade pelo Estado Social.

Com o Estado Social observamos ainda a emergência de um novo conteúdo para a dignidade humana. Nesta nova leitura as expectativas a serem contempladas apontam outros valores como forma de garantia de justiça.

Então, para além das liberdades, na busca para contemplar os setores menos favorecidos da sociedade, foram incorporados os direitos sociais.

Para Haroldo Laski (1945, p. 17), a liberdade é "[...] ausência de coação sobre a existência daquelas condições sociais que, na civilização moderna, são as garantias necessárias da felicidade individual."

Verificamos que Laski também faz referência ao aspecto restritivo da liberdade, opondo limites à intervenção de terceiros, muito embora nos moldes já de um paradigma de Estado Social.

Muitos outros autores ainda poderíamos relacionar, mas, com certeza, verificaríamos a presença de ambas conotações atinentes à liberdade: a) o aspecto de negação a qualquer coação ou intervenção e b) a possibilidade apenas de submissão a normas para as quais diretamente ou por intermédio de seus representantes houvesse dado consentimento, no Estado Liberal. Veríamos de outra parte no Estado Social, além destas características elencadas, restrições à própria fruição da autodeterminação, tais como: função social da propriedade, para além da realização do poder de polícia condicionando as liberdades de maneira geral.

Concluímos pois, que a liberdade consiste em um direito de escolha, exercido em determinada situação, circunstância ou espaço social, na qual o indivíduo ou um segmento social (para os casos de liberdade coletiva) exercem plenamente a sua autodeterminação. De outra parte, observamos que a liberdade é por definição limitada. Exclusivamente pela atividade legislativa, nos moldes liberais, com a indicação das condutas ilícitas e, no Estado Social, com restrições outras (além das já elencadas para o Estado Liberal) tendo em vista as necessidades sociais.

3. CONSIDERAÇÕES SOBRE OS LIMITES AO EXERCÍCIO DA LIBERDADE: LEGALIDADE INFRACONSTITUCIONAL E DIGNIDADE HUMANA

Compreedendo a liberdade como um poder de autodeterminação, reconhecido pelo Estado e positivado em suas constiuições, por se tratar de um direito fundamental, cumpre-nos indagar sobre as reais possibilidades de opor limites ao seu exercício.

Certamente, em qualquer circunstância, a liberdade ou as liberdades em espécie deverão respeitar os contornos da esfera de autodeterminação traçada pelo ordenamento jurídico, convivendo em harmonia com outros preceitos constitucionais, de modo a não discrepar da unidade sistêmica pretendida e, de outra parte, não deverão incorrer em condutas ilícitas, preestabelecidas pela legislação infraconstitucional.

Desta forma a lei, enquanto decisão oriunda da soberania popular teria legitimidade incontestável para lhe oferecer restrições, indicando as condutas ilícitas quanto ao seu exercício. Entretanto, para os casos em que a legislação ordinária fosse silente, poderíamos invocar o princípio da dignidade humana para opor limites à fruição das liberdades de maneira geral? Nos casos em

que o princípio da dignidade humana tem previsão constitucional, como é o caso brasileiro (art. 1º, III, da Constituição Federal), pela natural irradiação que os preceitos constitucionais devem proporcionar às situações concretas em sua interpretação, esta possibilidade seria defensável, todavia, nem sempre haveria consenso a respeito, especialmente para os casos de não previsão constitucional.

Considerando, por outro lado as possibilidades de restrição ao exercício das liberdades promovida pela legislação ordinária, forma tradicional prevista pela maioria dos ordenamentos jurídicos de tradição romano/germânica, haveria maior consenso a respeito, desde que não fosse colocada a liberdade em tela como um valor de hierarquia superior aos demais direitos fundamentais.

Assim, passamos então a discorrer sobre o mecanismo acima referido, numa tentativa de melhor compreender a natureza das restrições impostas à fruição das liberdades em espécie, por meio de legislação infraconstitucional.

Entre as variáveis de comportamento em face do dever ser estatal, identificamos apenas três possibilidades de ação para o indivíduo: ou ele está obrigado ao cometimento de um ato; ou está proibido a empreendê-lo; ou, ainda, para aquela circunstância estabelecida por lei existe a garantia de escolha da conduta mais adequada. Trata-se, este último caso, da liberdade: um direito à autodeterminação reconhecido pelo Estado.

Entretanto, mesmo havendo previsão legal para escolha, a liberdade não poderá ser exercida de forma ilimitada. É fundamental o entendimento de que a escolha, por definição, apresenta limites quanto ao seu exercício. Qualquer conduta que ultrapasse os limites dessa esfera de autodeterminação poderá ser objeto de repressão. Assim, por exemplo: a liberdade de Manifestação do Pensamento estabelecida pelo ordenamento jurídico, não autoriza a calúnia ou a injúria, condutas estas situadas para além da possibilidade de escolha garantida pela liberdade de expressão. Nesse sentido, poderíamos observar ainda outro exemplo: a liberdade de Culto Religioso. Esta não é compatível com o sacrifício de criancinhas, ainda que este esteja previsto em algum ritual religioso. São, pois, condutas inadmissíveis, reprovadas pela sociedade, que teriam ultrapassado os limites da liberdade de culto religioso, passível portanto de ação repressiva estatal.

A liberdade, quando inserida e tutelada pelo ordenamento jurídico faz contraponto com a legalidade, por ele mesmo estabelecida, que lhe oferece os limites de atuação e escolha. Objetiva-se que o indivíduo poderá, no exercício da liberdade, escolher livremente até encontrar uma lei que lhe imponha uma obrigação ou uma proibição. Deverá então autodeterminar-se até que uma lei disponha em sentido contrário a sua escolha. A proibição e a obrigação quando objeto de lei (espécie normativa originada do legislativo) constituem os limites ao exercício da liberdade.

Dessa forma, temos o núcleo da liberdade tutelada diretamente pela Constituição, por se tratar de Direito Fundamental. Entretanto, os contornos que

lhe estabelecem limites estão disponibilizados mediante leis do ordenamento jurídico que impõem obrigações ou proibições.

É importante entretanto ressaltar que estes limites deverão se originar em leis em sentido estrito, ou seja ato normativo originado do Congresso Nacional. O sentido para este entendimento é preciso: a limitação para o exercício da liberdade somente poderá advir de decisão para a qual houve consentimento popular. Assim, somente a lei enquanto decisão oriunda da soberania popular (diretamente ou mediante seus representantes) teria legitimidade para opor limites ao exercício da liberdade. Por extensão, consoante Ferreira Filho (1988) outros atos normativos primários seriam capazes também de estabelecer tais limites: medidas provisórias e leis delegadas.

Verificamos, pois, que os limites ao direito de escolha somente poderão ser interpostos pela vontade popular, expressa por intermédio de leis, buscando sempre a defesa do interesse da coletividade, na proteção do direito de todos. Decretos regulamentares, portarias e outros dispositivos não teriam legitimidade popular para tanto e seriam tentativas infrutíferas em face da legalidade exigível para o caso em tela.

Podemos compreender portanto, pelos argumentos ora apresentados que as Liberdades, especialmente as formuladas pelas constituições contemporâneas (de corte intervencionista) deverão sofrer limitações apenas para a realização de interesse social relevante, e mesmo assim com base em dispositivo legal. Qualquer outra natureza de restrição poderia evidenciar mero preconceito, passível de inconstitucionalidade. Estes seriam os critérios que deveriam nortear a tutela do Direito ao Corpo, enquanto um poder de autodeterminação.

4. A AUTODETERMINAÇÃO SOBRE O PRÓPRIO CORPO E AS LIBERDADES DE EXPRESSÃO E DE CONVICÇÃO: SEMELHANÇAS E DISTINÇÕES

A Liberdade de Pensamento enquanto modalidade de liberdade considerada em si mesmo, antes de sua comunicação dirigida à sociedade, pouco interesse tem despertado para a diversidade dos doutrinadores na área do direito. Em verdade compreende tratar-se de matéria unicamente atinente ao próprio indivíduo e sua esfera intelectual, sem interesse à sociedade e ao ordenamento jurídico.

Em que pese esta afirmação desconsiderar a importância dos formadores de opinião (proselitismo), ou da mídia, ou ainda a força da propaganda, para além de eventuais manipulações dos fatos veiculados, capazes de condicionar o pensamento, ainda hoje tal entendimento é ensinado de forma recorrente. A preocupação com a tutela da liberdade na própria elaboração do pensamento tem sido relegada a segundo plano.

Entretanto, parece não haver dúvidas no que se refere à tutela do pensamento quando ele se desloca do foro íntimo, ou simples função psíquica, para a palavra manifesta. Tutela-se, portanto, a Liberdade de Manifestação do Pensamento quando dirigida ao público, ou em caráter sigiloso.

Observamos então que a Liberdade de Pensamento ganha expressão enquanto uma liberdade primária, da qual outras liberdades são derivadas (COLLIARD,1972). O Ser Humano, social por excelência, sente a necessidade de transmitir seu pensamento, de forma direta e imediata, quando se encontra em presença de outro homem. Temos então a Liberdade de Pensamento que poderá ter caráter público ou sigiloso. Entretanto, quando houver entre o Ser Humano que emite o pensamento e a pessoa que o recebe, um veículo de comunicação (imprensa, televisão, rádio, etc.) temos para o caso descrito o desdobramento de mais um aspecto da proteção: a Liberdade de Imprensa, ou a tutela do Direito de Informar, essencial à consolidação da democracia nos Estados contemporâneos. Consistem ambos no direito de veicular livremente o pensamento e os fatos, sem submetê-los à censura de qualquer natureza.

Como decorrência do Direito de Informar (liberdade individual) afirma-se o direito da coletividade à informação. Observa-se, portanto, o deslocamento da liberdade individual (liberdade de imprensa) para o direito de caráter difuso: o Direito da coletividade à informação. (GRECO, 1974)

De outra parte, entre as liberdades que focam o pensamento, ressaltamos a necessidade ainda de uma distinção. Esta se refere aos casos em que o pensamento abandona a singeleza de um simples pensar, sem grandes comprometimentos, para transformar-se em uma convicção de cariz filosófico ou religioso, político, ou até mesmo simples manifestações estéticas. Nesses casos, as repercussões são profundas e transformadoras na órbita do comportamento humano. Uma convicção, tenha ela natureza filosófica, religiosa ou estética, não se restringe apenas ao foro íntimo, implica a externalização de um agir em sociedade, consoante a ideologia adotada. Torna-se inclusive muito difícil a identificação de uma convicção. Invariavelmente, aquele que a possui evidencia um comportamento pertinente ou uma atitude intelectual consoante à convicção de sua escolha.

Assim, por exemplo, aquele que adotou por convicção a filosofia Vegan⁴, terá o hábito de alimentar-se sem a ingestão de alimentos derivados de animais, por convicções éticas de respeito a estes. Também vai apresentar-se vestido com tecidos não especistas, como couro, seda, lã, etc. Verificamos, portanto, que a convicção não constitui apenas um pensamento fortuito, facilmente cambiável, mas, ao contrário, implica a reprodução de hábitos comportamentais próprios a esta convicção. Não se trata de proselitismo, ou do simples ato de manifestar o pensamento. Falamos de uma interação em sociedade pautada pela convicção.

Situação equivalente há de ser observada quando a convicção recai sobre a estética em geral. É comum encontrarmos pessoas cuja opção pessoal revela a vontade por exemplo de se cobrir de tatuagens, ou vestir-se

_

⁴ Vegan é a terminologia utilizada na língua inglesa; no português utiliza-se a palavra vegano. Porém, termo esse bem menos conhecido do que o primeiro citado. Para saber mais sobre essa filosofia acessar o *site* <www.americanvegan.org>.

de maneira bizarra, evidenciando padrões harmônicos pouco usuais, mais reveladores da sua identidade, cuja expressão torna-se necessária a sua dignidade e afirmação pessoal.

Ao observarmos tais fatos somos levados a concluir que o respeito à liberdade de convicção (filosófica, política ou religiosa ou estética) não pode se restringir apenas à Liberdade de Culto Religioso ou à Liberdade para a criação de partidos políticos ou agremiações para a veiculação de ideologias. Sem dúvida, a tutela dessas liberdades é fundamental à garantia da liberdade de convicção. Entretanto, o que se ressalta aqui é a necessidade de uma proteção mais ampla para a Liberdade de Convicção. Esta deve compreender o respeito à exteriorização de um comportamento, consentâneo com a convicção, como forma de garantia da dignidade de cada um, em sua diversidade.

5. DIREITO AO CORPO ENQUANTO FORMA DE EXPRESSÃO DAS CONVICÇÕES ESTÉTICAS PESSOAIS: O DIREITO DE EXIBIR TATUAGENS

Com base nas reflexões apresentadas neste trabalho procederemos nessa oportunidade à análise de casos concretos levados ao Judiciário, com o escopo de identificar os caminhos percorridos pela jurisprudência, no que se refere às discussões sobre o direito de portar e exibir tatuagens, enquanto forma de expressão das conviçções estéticas pessoais.

5.1 Recurso em Mandado de Segurança nº 39.280-SC (2012/0214790-4)

Trata-se de Mandado de Segrança impetrado por Marcos Roberto de Souza contra ato do Secretário de Estado da Segurança Pública e Defesa do Cidadão de Santa Catarina e do Comandante Geral da Polícia Militar em razão de tatuagem em local visível do corpo.

O impetrante, Marcos Roberto de Souza, através do recurso apresentado teve por escopo garantir a sua aprovação no exame de saúde efetuado para o provimento do cargo de Soldado da Polícia Militar do Estado de Santa Catarina, por ter sido excluído do certame em razão de se apresentar em desconformidade com o Edital nº 008/CESIEP/2012).

5.1.1 Considerações sobre o Edital nº 008/cesiep/2012

Ocorre que o Edital em questão apresenta em seu anexo II, como condição incapacitante, tatuagens em qualquer área do corpo, se essas estiverem expressando "motivos obcenos"; "ofensivos" ou de "morte", que possam ser consideradas como manifestações de desequilíbrio psíquico, de qualquer tipo. Estabelece, para além disso, que as demais tatuagens não deverão ficar expostas, em hipótese alguma, na cabeça; no pescoço acima da área coberta pela gola da camiseta, de manga curta; no terço distal do braço; no antebraço; nas mãos; abaixo do terço médio das coxas, para ambos os sexos.

Observando as condições incapacitantes estabelecidas no edital quer nos parecer que, as eventuais tatuagens consideradas manifestações de desequilíbrio psíquico devam realmente excluir o candidato do certame, até porque constatam a incapacidade do candidato para o exercício de cargo público, especialmente se considerarmos as atribuições de Soldado da Polícia Militar. Contudo é importante ressaltar que a questão central nestes casos não é a tatuagem em si, mas o desequilíbrio evidenciado por ela.

Entretanto, no que se refere às restrições impostas para as demais tatuagens, pelo simples fato de serem elas visíveis, uma questão ainda permanece pendente: Haveria interesse público relevante suficiente para considerar condição incapacitante uma tatuagem não abusiva, em partes visíveis do corpo?

A tatuagem, consoante os argumentos apresentados em nosso trabalho, constitui forma de expressão da estética individual, decorrente do exercício da autonomia decisória sobre próprio corpo. Em não havendo nela nenhuma manifestação abusiva, não restaria justificativa suficiente para essa restrição, fundada em preceito constitucional. Estaríamos portanto no patamar estrito da intolerância? Do preconceito?

Poder-se-ía alegar ainda tratar-se, o cargo de Sodado da Polícia Militar, de cargo destinado ao exercício de uma função pública, de um Estado laico, cuja neutralidade deveria pairar acima de convicções políticas, religiosas ou estéticas. Afirmações sem dúvida pertinentes. Entretanto, quando observamos por exemplo, a presença de crucifixos afixados nas paredes de órgãos legislativos, nas mais variadas esferas da Federação Nacional, constatamos a fragilidade destes argumentos. Quer nos parecer que a tolerância já ultrapassou em geral considerações desta natureza.

Contudo, é preciso observar um detalhe ainda não mencionado: a tatuagem em questão, exibida pelo impetrante Marcos Roberto de Souza, possuía a seguinte mensagem: "Poder Branco". Diante deste conteúdo somos forçados a reavaliar a questão apresentada. Parece, salvo melhor juízo, mensagem suficiente para descredenciar qualquer candidato a qualquer cargo público, especialmente em se tratando de cargo da Polícia Militar. Não se trata aqui portanto da verificação de uma eventual visibilidade, tema que acabou norteando o teor da decisão do Tribunal de Justiça, mas tão somente da demonstração clara de um preconceito étnico, conduta inconstitucional, tipificada como crime pelo nosso ordenamento jurídico (Lei nº 7.716/89, artigo 20).

Satisfatoriamente, o recurso não foi aceito, porque não restou comprovada pelo impetrante a invisibilidade da tatuagem alegada. Entretanto ao nosso ver teria sido mais adequada a denegação do recurso tendo em vista a demonstração inequívoca de preconceito contra a diversidade étnica.

5.2 Recurso em Mandado de Segurança nº 34.723-60 (2011/0073761-0)

Trata-se de recurso ordinário em Mandado de Segurança, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, impetrado por Antônio Pedro Diel Bastos de Souza, tendo por objetivo a permanência do candidato no concurso público para o ingresso no Curso de Formação de Praças da Polícia Militar de Goiás (Corpo de Bombeiros).

O Mandado de Segurança em questão deu-se em decorrência da eliminação do candidato na fase da avaliação médica e psicológica, por apresentar tatuagem na panturrilha direita.

Uma vez mais a questão da visibilidade de uma tatuagem foi motivo suficiente para a exclusão do candidato em exame médico por lhe ser atribuída condição incapacitante para o exercício do cargo. Nessa oportunidade, para a Formação de Cadastro de Reserva para Cadetes e Soldados do Corpo de Bombeiros do Estado de Goiás.

Causa espécie a maneira pela qual um candidato é sistematicamente reprovado e descartado em avaliação médica e psicológica, unicamente por portar uma tatuagem em local visível, mesmo estando em pleno vigor físico, com saúde plena e perfeitamente capacitado para o exercício do cargo.

Reiteramos as alegações apresentadas no caso anterior. Entendemos que restrições são absolutamente inconstitucionais, ainda que originadas de editais para Concursos Públicos.

De outra parte, essas restrições constituem uma demonstração inequívoca de desrespeito à autonomia decisória sobre o próprio corpo e discriminação inaceitável em face da Liberdade de Expressão estética.

No caso em tela a liminar pretendida foi indeferida sem julgamento do mérito, por motivos de ordem processual, até porque o Mandado de Segurança não foi apreciado pelo Tribunal de origem, restanto prejudicado o pedido formulado pelo impetrante de permanecer no certame, que continuou transcorrendo até o seu término, sem a participação do candidato, ocasionando-lhe inegável prejuízo.

5.3 Agravo regimental no recurso especial nº 1293.411-SP (2011/0274638-0)

Trata-se de caso de Agravo Regimental interposto contra decisão que negou seguimento ao Recurso Especial (fls. 207-210) pelo agravante Gilson Alves Ferreira Júnior, junto ao Superior Tribunal de Justiça de São Paulo.

Neste caso também o candidato sofreu reprovação em concurso público para o ingresso na Polícia Militar e, desta feita, no Estado de São Paulo, em fase de avaliação médico/psicológica, por portar tatuagem, supostamente visível, na face interna do braço direito.

Toda a discussão levada a efeito pelos Tribunais sempre ficou circunscrita à comprovação da visibilidade ou não da referida tatuagem, sob o uniforme de treinamento físico da Polícia Militar, fato este de difícil comprovação, pretendida pela apresentação de fotografias que, à semelhança de casos análogos, monstraram-se insufucientes para uma avaliação consistente, necessária à configuração do direito líquido e certo.

Em nenhum momento foi arguida a inconstitucionalidade dos editais em questão, nem se cogitou sobre a violação de Direitos Fundamentais tais como: o Direito ao Corpo e a Liberdade de Expressão.

5.4 Habeas Corpus nº 84.147-SP (2007/0126955-7)

Trata-se de Habeas Corpus impetrado, de próprio punho por Cristiano Alves Lisboa, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que, julgando o writ ajuizado, indeferiu liminarmente.

O impetrante argumenta a ocorrência de constrangimento ilegal, uma vez que, sendo réu primário e sem antecedentes foi apenado com pena de 1/3 acima do mínimo legalmente previsto.

Os argumentos utilizados para o acréscimo da pena foram: a quantidade de droga (maconha e cocaína) encontradas em seu poder e a presença de uma tatuagem que o identificava como integrante de facção criminosa conhecida como PCC (Primeiro Comando da Capital).

A tatuagem em questão, para além da quantidade de entorpecentes foram tomados como circunstâncias judiciais negativas, reveladoras da personalidade do agente, por entender que a natureza do crime se afinizaria com a sua individualidade psicológica, demonstrando tratar-se de elemento nocivo à sociedade. Assim, tais circunstâncias pesaram em seu desfavor.

Em verdade, salvo melhor juízo, o que ficou evidenciado da observação deste caso, no que toca à tatuagem, foi apenas um mero indício da participação do agente em facção criminosa.

Jamais tal fato restou provado, ou se tomou alguma providência no sentido desta constatação. A simples existência da tatuagem, a nosso ver, não seria suficiente para ensejar em réu primário o aumento da pena-base, ainda que avaliada em conjunto com a quantidade de entorpecentes encontrados. A decisão judicial tomou como comprovada a atividade criminosa do agente junto ao PCC unicamente em face da presença de uma tatuagem.

O que parece recorrente, quando em presença de tatuagens é a existência do preconceito e da intolerância, facilmente identificáveis quando observamos o exageiro das providências tomadas, especialmente no caso em tela (decisão judicial) da qual resultou a majoração da pena.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Nosso trabalho teve por objetivo pesquisar as bases teóricas necessárias à delimitação do Direito ao Corpo, considerando a sua importância para a dignidade pessoal. Para tanto, buscamos uma reavaliação de seu conteúdo de modo a adequá-lo às necessidades contemporâneas, nos valendo da irradiação de Direitos Fundamentais consagrados na Constituição Federal de 1988, no que se refere ao Direito à Privacidade, e à Liberdade de Expressão.

Entretanto, as dificuldades encontradas no processo de Constitucionalização do Direito ao Corpo nos levaram a retomar o estudo do Direito à Privacidade, com vistas à redescrever seu conteúdo, para além das interpretações tradicionais, consagradas pelo modelo ideológico liberal. Interpretados consoante este modelo, o Direito à Privacidade teria como meta central a proteção de

indivíduos contra o Estado, o que reforçaria as tendências atomizadoras da sociedade e o desrespeito à solidariedade da comunidade.

Assim, no sentido de redesenhar um conteúdo mais apropriado à defesa da diversidade identificamos duas dimensões no que se refere à privacidade pessoal. A primeira, relativa ao direito de ser "deixado em paz", ou seja: o direito de não sofrer vigilância ou intromissão sem motivo justo; e a privacidade decisória, dimensão extremamente relevante que consiste no direito de não ser submetido a controle indevido (regulações inclusive), por parte de terceiros.

Entre as dimensões da Privacidade pesquisadas, a privacidade decisória afigurou-se de extrema importância, em face da reintrodução do Direito ao próprio Corpo. Certamente não na sua dimensão "individualista-possessivo", descrito por Macpherson (1979), que nos levaram a identificar o próprio corpo como mercadoria a ser negociada, mas entendendo como Goffman (1971), que o sentimento de controle sobre o próprio corpo é necessário para uma persepção íntegra de si mesmo e essencial para a configuração da própria identidade e dignidade pessoal.

De outra parte, tratamos das Liberdades de Expressão e de Conviçção, por perceber que a autodeterminação sobre o próprio corpo (exercício da privacidade decisória) implica também em forma de expressão do pensamento e de conviçção pessoal, tais como: as religiosas, as políticas e até mesmo as estéticas, o que reforçaria ainda mais a necessidade de alargar a proteção, para alcançar também essa dimensão da dignidade pessoal.

Ainda no tocante às Liberdades, consagradas na Constituição Federal procuramos refletir sobre seus possíveis limites, com o escopo de estabelecer as distinções entre as restrições originadas de simples preconceitos, que devem ser repudiadas e consideradas inconstitucionais, dos limites de ordem legal necessários à própria configuração e delimitação da esfera de Liberdade.

Com base nos estudos apresentados, procuramos verificar em casos concretos levados ao Judiciário, os caminhos percorridos pela jurisprudência, no que se refere à autodeterminação do próprio corpo, sobretudo quanto ao direito de exibir tatuagens, forma de expressão das convicções estéticas pessoais.

O que pudemos constatar, pelo estudo de casos da jurisprudência dos Tribunais, em diferentes Estados da Federação Nacional, foi a presença, ainda recorrente, de decisões que sugerem a existência de intolerância, facilmente identificável, quando observamos o exageiro das providências tomadas em decisões do Judiciário, que implicaram na majoração da pena aplicada, em face da existência de tatuagens, ou ainda quando se buscou a restrição sobre a discussão do tema, exclusivamente se atendo à visibilidade ou não de tatuagens, sem se cogitar sobre a possível violação de Direitos Fundamentais tais como o Direito ao Corpo e a Liberdade de Expressão, especialmente em restrições estabelecidas nos editais para o ingresso em cargos públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDT, Hannah. A Origem do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

BERLIN, I. *Quatro Ensaios sobre a Liberdade*. Tradução Wumberto Hudson Ferreira. Brasília, DF: Ed. da UNB, 1981.

BITTAR, C. A. Os Direitos da Personalidade. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

BOBBIO, Norberto. *Direito e Estado no Pensamento de Emmanuel Kant.* Brasília: UNB, 1992.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 39.280*. Concurso público. Polícia militar. Tatuagem. Dizeres discriminatórios, 2012. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201202147904&dt_publicacao=07/12/2012>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Agravo Regimental no Recurso Especial no 1293.411*. Concurso público. Polícia militar do estado de São Paulo. Candidato portador de tatuagens. Direito líquido e certo não comprovado, 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201102746380&dt_publicacao=31/10/2012>. Acesso em: 14 fev. 2013.

BRASIL. SupremoTribunal Federal. *Habeas Corpus nº 84.147*. Tráfico de drogas posse de arma de fogo com numeração raspada. Dosimetria. Pena-base. Aplicação um pouco acima do mínimo legalmente previsto. Personalidade voltada à prática criminosa. Mera suposição, 2007. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp? registro=200701269557&dt publicacao=15/03/2010>. Acesso em: 14 fev. 2013.

BRASIL. SupremoTribunal Federal. *Mandado de Segurança nº 34.723-60.* Concurso público. Corpo de bombeiros do estado de Goiás. Homologação do resultado final do certame, 2011. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=201100737610&dt publicacao=02/12/2011>.>>. Acesso em: 14 fev. 2013.

BURDEAU, G. Les Libertés Publiques. 4. ed., Paris: Press Universitaires de France, 1972.

COHEN, Jean L. Repensando a Privacidade: autonomia, identidade e a controvérsia sobre o aborto. *Revista Brasileira de Ciência Política*, Brasília, nº 7, Apr. 2012.

COLLIARD, C. A. Libertés Publique. Paris: Dalloz, 1972.

COULANGES, F. A Cidade Antiga. Tradução Fernando de Aguiar. Lisboa: Clássica, 1971.

GOFFMAN, Erving. The Nature of Deference and Demeanor" Interaction Ritual: essays on face-to-face behavior. Nova lorque: Pantheon, 1967.

GRECO, A. La Libertá do Stampa Ne'll Ordinamento Giuridico Italiano. Roma: Bulzioni, 1974.

LASKI, H. J. *La Libertas en El Estado Moderno*. Tradução Eduardo Watshaver. Buenos Aires: Abril, 1945.

MACPHERSON, C. B. A Teoria do Individualismo Possessivo. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1979.

THOMAS, Kendall. Beyond the Privacy Principle. Columbia Law Review, 1992.

YOUNG, Iris. *Justice and the Politics of Difference*. Princeton: Princeton University Press, 1990.